

POR

DON LOPE DE TAPIA y Vargas, Cauallero del Abito de Santiago.

EN EL PLEYTO

Con don Alonso de Herrera Valençuela.

SOBRE

La adjudicacion y remate de algunos bienes muebles.

En Granada, por Baltasar de Bolibar, y Frãcisco Sãchez. a la porteria de las Monjas Calçadas de Nuestra Señora del Carmen. Año de 1649.



RETENDE DON Alonſo de Herrera embaraçar el remate de vna colgadura, cama, y eſpejo (en que ha hecho don Lope de Tapia poſtura en la concurrente cantidad del credito, en q̃ como ceſſonario por el derecho del depoſito hecho por Rolando Leuãto, eſtá graduado) con algunas excepciones que à propueſto, a que ſe dará ſatisfacion en eſte papel, para que ſin embargo dellas el dicho remate ſe haga con efecto.

2 ¶ Las excepciones propueſtas por dõ Alonſo ſon las ſiguientes.

3 ¶ La primera, que el depoſito hecho por Rolando Leuanto fue confeſſado, y que àſsi no es de igual preuilegio con los depoſitos reales y verdaderos del Real donatiuo, ex *l. ſi quis, C. depoſiti*, donde la ley habla del verdadero y real depoſito, in verbo, *accepit*, vt notant Bald. *conſ.* 384. *libro* 1. Boer. *deciſ.* 295. *num.* 8. Socinus ſenior *conſ.* 143. *lib.* 1. y el depoſito real trae aparejada execucion, *dict. l. ſi quis*, ibi: *Illico modis omnibus compellatur*, y el que ſolo conſtà de confeſsion extrajudicial, no es executiuo, ex *l. certum*, §. *ſi quis abſente*, *ff. de confeſsis*, Fachineus *controuerſ. lib.* 2. *cap.* 92. verſ. *Huc accedat.*

4 ¶ La ſegunda excepcion es dezir, que los bienes referidos valen exceſsiuos precios, y q̃ lo que dà don Lope de Tapia por ellos es cantidad muy moderada, y que la adjudicacion, ó remate q̃ ſe haze en el acreedor, ha de ſer en el juſto precio, para lo qual deue preciſamẽte preceder la eſtimacion y aprecio, ex *l. ſi quis, C. de reſcind. vendit.* & debent ſubhaſtari ſaltim, & ad minus eo pretio quo fuerint æſtimata, *l.* 1. vbi Salicet. in ſummario, *C. ſi in cauſa iudicati*, & pro iſta opinione ſic iudicatũ

in

in ſacro Neapolitano conſilio teſtatur, Afflict. *deciſ.* 358. *num.* 5. Roland. *conſ.* 32. *num.* 33. *vol.* 1. y la ſubhaſtacion y almoneda, y remate que ſe haze en ella, no prueua el verdadero precio, vt Bart. Bald. Salicet. & alij, *in dict. l. ſi quos,* idem Bart. *in l.* 1. *C. de præſcript.* 30. *vel* 40. *annorum,* & competit remedium legis 2. aduerſus venditionem in licitatione haſtæ celebratã, Decius, & DD. in *l. pretia rerum, ff. ad l. falcid.* latè Alex. *conſ.* 117. *num.* 8. *vol.* 7. Arias Pinel. *in dict. l.* 2. *part.* 2. *cap.* 2. *n.* 25. Surd. *conſ.* 39. *num.* 60.

5 ¶ La tercera, que ſe deue pagar en primero lugar a la Real hazienda por los depoſitos del donatiuo, y que ſi bien eſtos eſtan en vn miſmo lugar y grado, pueſtos en la ſentencia de graduacion, pero que en concurſo de ſu Mageſtad cõ otro particular deue preferirſe la cauſa de la Real hazienda, in qua vertitur publica vtilitas, *l. vtilitas, C. de primipil. lib.* 12. *l. ſatis notum, C. in quibus cauſ. pignus, vel hipothec. tacitè contrahatur,* vbi Fiſcus præfertur non ſolum hipothecis tacitis verum, & expreſsis anterioribus, Flores de Mena variar. *lib.* 1. *cap.* 6. *art.* 3. *num.* 17. vbi extendit ad tributa, vulgo, *millones,* Rodriguez *de cõcurſu cred. part.* 1. *art.* 5. *num.* 16. Acoſta de priuil. creditor. *reg.* 2. *ampl.* 7. *num.* 16.

6 ¶ Y quando ſe hallan en vn miſmo grado, ò tiempo, deue preferirſe el fiſco, nam dos & fiſcus equiparantur, *l.* 2. *C. de priuil. fiſci.* Y quando el inſtrumento dotal concurre con igualdad de tiẽpo, ſe prefiere a otro particular, vt poſt Bart. & alios Antonius Gomez *in l.* 50. *Taur. num.* 40. *verſ. Vnum tamen, ex l. in ambiguis, ff. de iure dotium.*

7 ¶ Y en los caſos que no ſe prefiere a los anteriores, ſolo es en los bienes del deudor que tenia antes de la obligacion fiſcal, pero en los que deſpues adquiere ſe prefiere el fiſco ex priuilegio legis *ſi qui* 28. *ff. de iure fiſci,* ibi, *ff. de iur. fiſci: Præuenit enim cauſam pignoris Fiſcus,* & ibi magiſter Bart. & alij, Peregrin. *de iure fiſci, lib.* 6. *tit.* 6. *num.* 15. Gutierrez

tierrez *lib.3.pract.cap.99.num.* 11. Vnde con mayor razon se preferirá al q̃ no es anterior, si no de vn mismo tiempo.

8 ¶ Vt in simili en concurso de dos instrumẽtos otorgados en vn mismo dia, sin que dellos conste qual fue primero, se presume la anterioridad en el instrumento fiscal, ex latè traditis ab Antonio Negusant. *de pignor.4.membr.2.p.n.* 117.

9 ¶ La quarta excepcion es dezir, que se ha de dar traslado a todos los acreedores, y de lo contrario protesta la nulidad, debent enim omnes citari, quibus interst, *l. sæpè, ff. de re iudicat.* cum similibus, & in terminis venditionis pignorum, *l. creditor, C. de distract. pignor.* Afflict. *decis* 358. *nu.* 7. Roland. *cons.* 32. *num.* 30. *lib.* 1. Mangil. *de substract.* *q.* 183. *n.* 1.

10 ¶ Pero sin embargo de la satisfacion y respuesta que se darà a estas excepciones, se reconocerá el poco fuste que tienen para desvanecer, y diuertir el intento de don Lope, y su justificacion en este articulo.

11 ¶ A la primera excepcion se responde, que la resolucion corriente, y practicada es, q̃ contra el deposito no se admite excepcion *de non numerata pecunia*, ò sea real, ò sea confessado, ó sea regular, ò irregular, per text. in *l. in contractibus, §. 1. C. de non numerata pecunia*, donde esta excepciõ no tiene lugar contra el deposito, & in *l. Lucius* 24. *& seq. §. 1. ff. depositi*, sequuntur Paul. de Castro *cons.* 170. *lib.* 2. Angel. & Aretin. *in §. prætereà, Inst. quibus modis re contrahitur obligat.* alij quos refert & sequitur Rolandus à Valle, *cons.* 17. *lib.* 1. & pro constanti supponit Dom. Gregor. Lopez *in l.* 5. *tit.* 3. *part.* 5. verbo, *compensatio*, Barbos. *in l. diuortio, §. ob donationes, num.* 14. vbi plures citat, *ff. solut. matrim. & in l. si mora, num.* 84. *eodem tit.* post Salicet. Purpurat. Tiraquel. & alios quos ibi laudat Narbona in *l.* 23. *tit.* 4. *glos.* 2. *lib.* 3. *Recop. num.* 10. Fachineus vbi supra, Phebus *decis.* 202. *num.* 4. *part.* 2. Acosta *de priuil. credit. reg.* 4. *ampl.* 1. *num.* 19. Post. Vincen.

Carros.

Carrof. Hipolyt. Riminald. quem commendat Dom. Caftill. *controuerf. lib. 3. cap. 16. num. 8. & 9. & num. 14.* vera enim numeratio probatur per depofiti fchedulam, *l. pecuniæ, C. depofiti, l. plubia, §. vltimo, ff. depofiti.* Rodriguez *de conuerfu, art. 6. num. 42* Pichard. *Inft. quibus modis re contrahitur obligatio, in princip.* Acofta vbi fupr. *num. 19.*

12 ¶ Con que fe fatisfaze al primero argumento de la *l. fi quis, C. depofiti,* verbo, *accepit,* porque el recibo fe prueua legitimamente por las cedulas de depofito, y confefsiones de recepto, vt ex *dict. l. pecuniæ,* notat Roland. vbi fupra, *nu. 9.* Alex. *conf. 25. lib. 2.* Fachineus ibidem, verf. *Ad 1.* D. Caftillo vbi fupr. *n. 9.* in fin.

13 ¶ Al fegundo argumento fe refponde, que en efta materia de depofito no es tanto lo executiuo de fu paga por la confefsion, como por la naturaleza peculiar del cótracto: y afsi aunque la confefsion extrajudicial por fi no trayga, aparejada execució, la trae el depofito extrajudicial, y la confefsion de recepto que figue fu naturaleza, vt notat Fachineus, verf. *Ad tertium, itaque hunc effectum non producit confefsio, fed confefsionis caufa, nempè depofitum,* y aun al depofito fimulado extiende la confideracion, comun lo executiuo, vt poft Mathefilanum, Curtium, Riminald. & alios, Dom. Caftill. vbi fupr. *n. 9.*

14 ¶ Y efta excepcion bien fe aduierte que no es del articulo quando no fe trata de la juftificacion del credito, fi no de la fentencia que lo juftifica, y que folo mira a la reuocacion de lo juzgado, en que por la apelacion toca el conocimiento al Tribunal fuperior, no quedando facultad para conocer de nueuo fobre lo determinado difinitiuamente, *l. Iudex pofteaquam, de re iudic.* fi no folo para executar la fentencia de graduacion, y lo executiuo del mifmo depofito.

15 ¶ A la fegunda excepcion fe refponde. Lo primero, que el venderfe los bienes en mas, ò menos de lo que valen en la eftimacion del deudor,

dor, ò en lo natural, no impide la subhastacion, ni causa nulidad en ella, porque el precio verdadero y legal del almoneda es el que se puede hallar por los bienes hechas las diligencias necessarias de los pregones, como se han hecho en este caso mucho tiempo, y mas de lo que era necessario, sacandolos a la plaça diferentes vezes, sin que aya quien se aya adelantado a dar lo que don Lope de Tapia ofrece, y en este caso el verdadero precio, y legitimo de la subhastacion, es el que se ha podido hallar, y el que haze conmerciables y vendibles dichos bienes, tantum enim res valet, quantum pro ea inueniri potest, *l. si seruus* 14. *ff. de condit. furtiua*, & ibi glos. verbo, *inuenerit*, *l. quærebatur* 18. vers. *Quare, & in fin. ff. ad l. falcidiam, l. si seruum meum, ff. ad l. Aquitiam, l. mortis causa capimus* 18. *§. qui hominē, ff. de donat. caus. mortis*, Pinel. *in l. 2. C. de rescind. vendit. 3. part. cap. fin. num. 17. & 18.* Mastril. *decis. 17. num. 18. tom. 1.* Ioan. Gutierrez *quæst. pract. lib. 4. quæst. 61. num. 7.* Morla *in emporio iuris, part. 1. tit. 9. de contract. emptionis, quæst. 6. num. 3. & 6.* Scaccia *de commertijs, §. 1. quæst. 7. part. 2. ampliat. 10. num. 56.* vers. *Nam in re mobili*, Aluar. Valasc. *consultat. 43. num. 1. & 4.* vbi alios refert.

16 ¶ Y no auiendose hallado mayor ponedor, no fuera bien que quedara por solo el afecto y estimacion que dellos haze el deudor sin venderse para satisfazer a los acreedores, *dict. l. pretia*, vbi DD. *ff. ad l. falcidiam, l. si seruus, ff. ad l. Aquiliam*, ibi. *Non quem tu magno emptum veles, sed quanti omnibus valet Sextus quoque pedius ait pretia rerum, non ex affectione, neque ex vtilitate singulorum, sed communiter fungi.* Y si don Alonso trata de impedir el remate por la voluntad que tiene a estos bienes, por auer sido de su gusto, y del adorno de su casa. Esta voluntad no es estimable, como dixo el Iurisconsulto Paulo: *Non affectionem æstimandam esse puto*, que en nuestro vulgar idioma se suele dezir: *No se le ha de comprar al deudor la gana.*

17 ¶ Lo segundo, que ha auido y precedido

dido estimacion y aprecio de estos bienes, conforme a la practica de la dicha *l. si quos*, con que cessa qualquiera nulidad que se pretenda ponderar, porque este es el medio de los aprecios que se hazen en la subhastacion (y no la informacion que de contrario se ofrece) peritis enim ad estimum nominatis omnino creditur, *§. quod autem, Authent. de non alienand. aut permutand. rebus Ecclesiast. l. intestato, ff. de suis & legit. hæred. l. hac edictali, vers. Mobilium, C. de secundis nuptijs, cap. significauit de homicid. cap. fraternitatis de frigid. & maleficiat. glos. in §. prætereà, Inst. de rerum diuis. l. semel, C. de re milit. lib. 12.* Paul. de Castro *cons. 156. lib. 2. & in dict. l si quos*, Afflict. *decis. 358. num. 5.* vers. *Quarta ratio*, Matthæus Coler. *de proces. executiuis, part. 3. cap. 9. num. 97.* Post. Gratianum, Cephalum, Mascard. Surd. & alios, Hermosilla *in l. 56. tit. 5. part. 5. glos. 6. n. 25.*

18 ¶ Lo tercero, porque la dicha estimacion en los casos que habla la *l. si quos*, no es necessaria de rigore iuris, si no para informar el Iuez su animo, y de equidad en los casos que no se halla licitador, y quãdo en defecto del se procede a la adjudicacion, y el defecto y omission desta solemnidad no vicia la adjudicacion, si no facilita el remedio que puede intentar el deudor de la lesion vltra dimidiam de la *l. 2. C. de rescind. vendit.* vt obseruat Paul. de Castro *dict. cons. 156.* de que colige Surd. in eleganti casu *cons. 39. num. 26.* que no causa nulidad su omission, puesto que se admite el deudor a la accion recissoria de la dicha *l. 2.* ibi: *Quia si venditio esset nulla, non opus esset agere remedio huius legis, quia nullum quod est rescitione non eget, l. sub conditione, §. post defectum, ff. de iniusto rupto testament.*

19 ¶ Y de la misma ley se colige, que quando el acreedor no intenta el remedio de la adjudicacion insolutum, si no que viene como otro qualquiera licitante haziendo postura, no se deue atender a la estimacion de los peritos, ni es necessaria esta diligencia subsidiaria, Afflict. vbi supra, num. 5. Surd. *cons. 256. num. 6.* Gratian. *discept. cap. 545.*

545.*num.* 11. *& cap.7.num.*29. cum Roland. Fulgos. & alijs, y solo se deue atender al precio que se ofrece.

20 ¶ Lo quarto, porque si se diera lugar a semejantes contradiciones por razon de el mayor, ò menor valor de los bienes, nunca se hallará bien contentos los deudores, y con semejantes cō tradiciones embaraçaran el remate de ellos, a que preuinieron las leyes los remedios de la subhastacion, y pregones y aprecios, que todo se ha preuenido abundantemente, y assi no se deue dar lugar a los intentos del dicho don Alonso, y a impossibilitar el remate de los dichos bienes, argum. tex. *in l. in causam iudicati, C. si in causam iudicati*, ibi: *Si tamen per caliditatem condemnati emptor inueniri non potest, tunc authoritate Principis dominium creditori addici solet, l. fin. C. de iure dominij impetrando, l. ordo, C. de execut. rei iudicatæ, l. à Diuo Pio, §. si post, ff. de re iudicata.* Y no ha de ser poderoso el deudor para impedir la venta de los bienes, como lo insinua todo el titulo y rubrica, *C. debitorem ventionem pignoris impedire non posse, l. quandiu, C. de distract. pignor.* y el vnico y singular medio para admitir las excepciones de el Reo en el apremio, y al tiempo de la adjudicacion, es ofrecer la paga del debito, y sin ella no se admiten las nulidades, ò contradiciones que pondera, *l. si maiori, C. de iure fisci, lib.* 10. que habla en fauor de el fisco, *l.* 1. *C. si vendit. pign.* que habla en acreedor particular, *l.* 3. *C. de eo quod metus caus. l. si cum militat, C. de restit. milit. l. penult. C. de rescind. vendit.* Gamma *decis.* 77. *num.* 1. Surd. *cons.* 39. *n.* 24. *&* 25.

21 ¶. Lo quinto, porque quando tuuiessen dichos bienes mas valor, ó se pudiesse hallar quiē mas por ellos diesse en el discurso de los seys meses que ofrece tenerlos de manifiesto don Lope, podrá don Alonso buscar el dinero, ó mayor ponedor, con que por todos medios queda desvanecido el intento contrario en esta excepcion, sin que puedan ser de embaraço las alegaciones contrarias, vt ex dictis manifestè patet.

A la

22 ¶ A la tercera dificultad se responde.

23 ¶ Lo primero, porque la regla es, q̃ el Real Fisco en concurso con los particulares vía del derecho comun dellos, y no se tiene por preuilegiado, si no es en lo que especialmente le exceptua, y preuilegia la ley, *l. quod placuit, ff. de iure fisci,* textus & ibi glos. *in l. item veniunt, §. priuat, ff. de petit. hæredit. l. 1. C. eodem tit.* Tiraquel. *de retract. lignag. §. 1. glos. 14. num. 100.* Peregrin. *de iure fisci, lib. 6. tit. 1. num. 1.* & seqq. neque dedignatur fiscus iura sua esse communia priuatus, *l. digna vox, C. de legibus, l. 3. C. de testament.* cum alijs quæ congerit Visual. ad Donel. *lib. 1. comment. cap. 17.* dissertissimè Dom. D. Francisc. de Amaya, *lib. 1. obseruat. cap. 1. n. 91.* & seqq. Acosta *de priuileg. credit. reg. 2. amplia. 7. num. 46.*

24 ¶ Y antes en caso de duda se deue determinar contra el fisco, ex *l. non puto, ff. de iure fisci,* ibi: *Non puto delinquere eum, qui in dubijs quæstionibus contra fiscum iudicauerit,* y a este intento Casiodoro, Ciceron Christiano, *lib. 1. epistol. 22.* pondera que nunca es vencida la causa fiscal, si no en el aduitrio del gran Principe, ibi: *Qua propter fit interdum mala causa fisci, vt bonus Princeps esse videatur, maiori quippè victoria perdimus, quam si nobis indebitè victoria suffragetur,* & est bonus text. *in l. 14. tit. 15. part. 2.* Petrus Greg. *lib. 31. sintagm. cap. 31. num. 13.* Dom. Don Francisc. de Amaia *in l. si prius, C. de iure fisci, lib. 10. num. 49.*

25 ¶ De que resulta, que nunca el fisco pretẽde causar perjuyzio al derecho de los demas acreedores, ni al derecho comun, y siendo fiscal el señor don Francisco de Amaya, reprehende Alfaro que quiso extender el preuilegio fiscal a mas de lo que las disposiciones legales, y constituciones principales (que pudieron hazerlo) los quisieron adelantar, ita *in l. vnic. C. de pœnis fiscalibus, lib. 10. num. 11. Verum ita existimassem taliter fisci attendẽdam esse vtilitatem, vt contra iuris regulas nihil admitta-*

tur,

tur, neque enim nos fisco fauere debemus, plusquã ipsi Principes voluerunt, qui ita moderatè se gesserunt, vt in hac causa rectius esse vinci fiscum, quam priuatam existimauerint.

26 ¶ De que resulta, que estando en vn mismo grado conforme sa la sentencia de graduacion el Real fisco, y el deposito que don Lope de Tapia pretende, no ay ni se hallará priuilegio fiscal que en este caso le dè prelacion al fisco paraque aya de anticiparse en la paga al acreedor de la misma antelacion, porque serà notoria implicacion en los terminos de tener el mismo grado, y pretéder por este titulo prelacion, y sera necessario que la sentencia tenga contrarios efectos, y execucion ex diametro opuesta a su contextura y tenor, contra regulam iuris quod eadem res non debet diuerso iure censeri, *l. eum qui ædes, ff. de vsucap.* cum similibus, & contrarios effectus operari, *l. legata inutiliter, ff de legat. 1. l. qui hominem, §. fin ff. de solut. l. 2. ante fin. ff. de iuram. calumn. cap. maiores, §. sed adhuc de Baptismo.* Tuschus *lit. C. conclus.* 1010. per tot. post alios Barbos. *axiomat.* 58 *n.* 13.

27 ¶ Lo segundo, porque presupuesta la regla referida, y en què se fundò la sentencia de graduacion, es conforme a derecho que quando concurren en vn mismo grado dos acreedores, se paguen igualmente sin prelacion de vno a otro, y a falta de auer bienes bastantes para pagar enteramente sus creditos, se prorrateen, *l. si fundus, §. si duo ff. de pignoribus, l. reos* 11. *§. Cum in tabulis, iuncta l.* 1. *C. si plures vna sententia*, y en terminos del Real fisco graduado en vn mismo lugar con el credito de otro particular, y de vna misma contextura, y antelacion, tenent Dom. D. Franciscus de Amaya *in l.* 1. *C. de pœnis fiscal. lib.* 10. *num.* 69. *in fin* post Barbosa Gutierrez, Gaito, & alios, Acosta *de priuil. creditor. in præfat. ad regul.* 3 *à num.* 26. *vsque ad* 29. & alij *num.* referendi: de que resulta la justificacion que contuuo la dicha sentencia.

28 ¶ Lo tercero, porque tambien tuuo

otra

otra justificacion la dicha sentencia de graduaciō, nacida de la naturaleza de las mismas obligaciones y creditos, assi del Real donatiuo, como de la parte de don Lope, que por ser depositos, fue preciso aunque se huuiessen hecho en diferentes tiēpos graduarlos, y mandarlos pagar en vn mismo lugar y grado, no tomando su antelacion del tiempo de su consignacion, si no del tiempo en que dō Alonso otorgò obligacion, y diò fianças para el oficio de depositario general, y nombramiento q̄ esta ciudad le hizo, ex celebri textu in *l. si hominem, §. item quæritur, ff. depositi, ibi: Item quæritur, vtrum ordo spectetur eorum qui deposuerunt, an simul omnium depositariorum ratio habeatur, & constat simul admittendos, hoc enim rescripto principali significatur, l. quod priuilegium, ff. eodem, l 9. tit. 3. part. 5.* Rippa in *l. si ventri, §. in bonis, ff. eodem tit.* Acosta *de priuil. reg. 4. ampliat. 1. num. 11.* Parlad. *rer. quotid. different. 58. §. 2. num. 6.* Rodriguez *de concursu, art. 6. num. 51.* Carrol. *de deposito, part. 2. quæst. 47. num. 15.* D. Francisco Ponte *cons. 56. num. 12. lib. 1.* copiose D. Castill. *controuers. lib. 3. cap. 16. n. 78.*

29 ¶ Por manera, que siendo de derecho comun estas resoluciones, y no auiendo preuilegio especial en el Real Fisco que las derogue, y estando ya juzgado y determinado por la sentencia de graduacion en fauor dellas, no deue a el tiempo de la execucion de dicha sentencia boluerse a controuertir de nueuo sobre lo que principalmente se ventilò, y venciò en la instācia, *cum nefas sit litem alteram consurgere ex litis primæ materiæ, l. singulis, ff. de except. rei iudic. l. terminato, C. de fruct. & lit. exp.*

30 ¶ Lo quarto, porque presupuestas las diligencias hechas para vender estos bienes, y que no se ha hallado ponedor competente a ellos, y que a la Real hazienda no le puede ser vtil que se le adjudiquen en parte de su credito, ni para los efetos del Real donatiuo tienen epiqueya, cama colgadura, y espejo, le será mas vtil para escusarse en la concurrente cantidad del prorrateo con el acree

dor

dor de su mesmo lugar, que se le rematen por cuenta de su derecho, cosa muy conforme a razon admitir al acreedor a la licitacion publica para q̃ compense el precio con la concurrente cantidad de su credito, vt ex pluribus obseruat Hermosilla *in l. 52. tit. 5. glos. 3. num. 13. part. 5.* y se quite este embarazo al fisco, y a los demas acreedores.

31 ¶ Lo quinto, porque la razon sobredicha es mas sin duda en los terminos deste concurso, en que ay bienes, fiadores, y abonadores de don Alonso de Herrera en bastante cantidad, para que la Real hazienda sea enteramente pagada, en cuyo caso por el fauor de el acredor particular, aunque sea posterior se conserua la paga hecha al de inferior grado, ex celebri text. *in l. quamuis, C. de pignoribus la 1.* ibi: *Ideoque si certum est posse eum ex his quæ nominatim pignori obligata sunt vniuersum redigere debitum, ea quæ postea ex ijsdem bonis pignori accepisti interim tibi non auferri Præses Prouinciæ iubebit.* Dõde es muy ponderable, que aun contra el acreedor posterior priua el derecho a el Real Fisco de la prelacion, y quiere que se conserue la paga hecha a el acreedor de inferior lugar quando desto no se sigue daño al Real Fisco, y el particular consigue beneficio, ex vulgari dicterio: *Quod fieri debet, quod mihi prodest, & alteri non nocet,* quod ex dict. *l. 2. C. de pignorib.* eliciũt Doctores.

32 ¶ Y de la misma razon nace, que el priuilegio fiscal de reuocar las pagas hechas a otros acreedores posteriores en el caso de la *ley pecunia, C. de priuil. fisc.* y del texto celebre en la *ley Moschis, ff. de iure fisci,* quibus consonant iura *in l. vltima, §. etsi præfatum, vers. Sin verò, C. de iure deliberand. l. si non expedierit, §. 1. ff. de bonis auth. iudic. posidendis*, solo se concede, y ha lugar quando no ay otros bienes de que hazerle pago, y auiendolos cessa el dicho preuilegio, Fontanel. *de pact. nuptial. tom. 2. clausul. 5. glos. 8. num. 67.* Peregr. *de iure fisci, lib. 6. tit. 6. num. 8.* Trentacinq. *variar. titul. de iure fisci, resolut. 7.* Surd. *cons. 4. num. 13.* Menoch. *cons. 25. vol. 1. n. 10.*

34 ¶ Lo sexto, porque en concurso de muchos acreedores a las hipotecas tiene advitrio la autoridad judicial para aplicar a vn acreedor vnas, y a otro otras, conforme a lo que sea mas vtil, y conueniente al concurso, *l. communi diuidundo, §. inter eos, ff. commun. diuid.* ibi: *Et si assignetur pignus vni ex creditoribus, l. si pignori, ff. famil. erciscund. iuncta l. iudicem 21. ff. commun. diuid.* ibi: *Iudicem in prædijs diuidendis, quod omnibus vtilissimum est, &c.* & est argum. tex. *in l. actione, §. labeo, ff. pro socio, vers. Semper enim.* Y supuesto que el precio de la postura se justifica por el aprecio, y q̃ el medio dela aplicacion, ó remate por su deuda, no le es vtil a la Real hazieda, y este medio le apetece don Lope de Tapia, q̃ no puede el deudor con justa causa despreciarlo, y que en los demas bienes en quanto ha hecho contradiciõ, solo ha seruido de mayores costas y gastos; y perjuyzio al concurso. No parece que puede auer preuilegio fiscal que a tantas reglas de derecho se opõga, y quando le huuiera, no fuera conueniente q̃ en el caso presente se practicara, ni lo executiuo de la sentencia, y determinacion lo permitiera, ni el Real fisco lo abraçara contra si.

36 ¶ Ex quibus se responde cõ facilidad a los fundamentos propuestos à *num.* 5. vsque ad *nu.* 8. Al 1. del *num.* 5. *ex lege vtilitas, C. de primip. lib.* 12. *& ex l. satis notum, C. in quibus causis pign. & hipotheca tacit. contrah.* Se responde. Lo vno, que hablã en el caso especial de los derechos primipilares, y no generalmẽte en los demas derechos fiscales, vt notat Bart. *in l.* 1. *num.* 26. *ff. solut. matrimon.* Capic. *decis.* 129. *num.* 13. Mastril. *de Magist. lib.* 5. *cap.* 9. *num.* 91. Barbos. *in l.* 1. *part.* 7. *num.* 1. *per tot. ff. solut. matrim.* Mantic. *de tacit. & ambiguis conuen. lib.* 11. *tit.* 18. *n.* 8. Escobar *de ratiotinijs, cap.* 16. *nu.* 9.

37 ¶ Cuyas especialidades y preuilegios no se obseruan por su aspereza y rigor contra los particulares, y sus derechos, ni estan en practica, ni estilo; ita testatur Franc. Ponte, *tract. de potest. pro. regis, tit.* 4. *§.* 8. *nu.* 17. Alfaro *de offic. fiscal. glos.* 16. *num.* 94.

*num.*94. Mastril. vbi supra, Fontanel. *de pactis nuptial. tom. 2. claus. 7. glos. 2. part. 3. à num. 6.*

37 ¶ Y aunque Flores de Mena, citado en el dicho num. 5. quiere asemejar los seruicios de millones a la naturaleza primipilar, no se hallarà exemplar en practica en que los preuilegios del primipilo se ajusten a la cobrança de millones en perjuyzio de las dotes, y de los herederos anteriores, y contra los no obligados a la hazienda Real, y assi dize bien Paulo de Castro *en la ley* 1. *post principiũ de priuileg: fisci*, que semejante oficio no està en caso, quem sequitur Fontanela vbi supra, *num.* 11. *&* seqq.

38 ¶ Al fundamento propuesto num. 6. se responde, que no es omnimoda la igualdad de la dote y el fisco, y en lo general es mayor el preuilegio dotal, Peregrinus *de iure fisci, lib. 6. tit. 6. nu.* 33. antes tienen vna muy considerable diferencia al intento deste papel, que la dote regularmente es preuilegiada, y el fisco no; sino en los casos que enseña preuilegio expresso, ex *l. quod placuit, ff. de iur. fisci, l. 1. C. de cõduct. & procurat. prædior fiscal. lib.* 12. glos. & scribentes, *in l. itẽ veniunt, §. in priuatorũ, ff. de petit. hæreditat.* Socinus Iunior, quẽ ad id refert Menoch. *de præs. lib. 2. præs.* 72 *nu.* 2. 3. *&* 4. vbi affert differẽciam: *Quod dos est regulariter priuilegiata fiscus non nisi in casibus expressis*, Caualc. *tom. 1. resol. criminal. cas.* 59. *num.* 21. *&* 22. *& cas.* 103. *num.* 10. Post. Mantic. & alios Noguerol, *allegat.* 33. *num.* 69. *in fin.* Quien pues dirá que tiene el fisco preuilegio para que la sentencia se execute cõtra si misma! y que la autoridad judicial, y fuerça de lo determinado en juyzio se violente, y sea justo para decidido, y no para executado!

39 ¶ Pero assi en la dote, como en el fisco, es corriente que la prelaciõ y preuilegio es solo a las hipotecas tacitas, anteriores en tiempo; pero contra las hipotecas expressas, y creditos Reales hipotecarios, por disposicion de hombre, y cõuencion de partes, de ninguna manera tienen prela-

lació alguna, *l. si pignus, ff. qui potiores in pignor. habeatur, l si fundũ, C. eod. tit.* gl. notab. *in l. quod quis*, verbo, *post fiscum, ff. de priuileg. credit.* Y es disposicion del derecho de nuestro Reyno in *l. 33. tit. 13. part. 5.* siue sit hipoteca expresse generalis, siue specialis, Anton. Negusant. *de pignor. 2. membr. quintæ partis, num. 42.* Rodriguez *de concurs. 1. part. art. 2. num. 1. vers. Namque primum.* Porque como la tacita hipoteca es efecto inmediato de la autoridad legal, la misma autoridad puede preferir, y dar antelacion a vna hipoteca tacita mas que a otra, como parto suyo; pero como las expressas prouienen inmediatamente de la conueniencia de las partes, no quiere la Regalia, ni es de la intencion del Principe quitar el derecho al tercero, ni enriquezer en fraude y perjuyzio de los subditos, contentandose con sus propios derechos, vt docet Teodorius apud Casiodorum, *lib. 1. variar. Epist. 19. fisci. Volumus legale custodire compendium, quia nostra clementia rebus propijs videtur esse contenta, & sicut nullum grauare cupimus,* consonat tex. *in l. vltima, ff. de pactis, l. si post mortem, §. fin. ff. de bonorum poss. contra tabulas.* & indiuiduo est glos. in *l. 2.* verbo, *priuilegium, §. sponsa, ff. de priuil. creditor. l. accessionibus,* verbo, *debet, ff. de diuers. & tẽporal. præscriptionibus, & in §. fuerat,* vers. *Creditorum, inst. de actionibus,* glos. in verbo, *fauor,* in cap. *ex litteris de pignoribus,* Bart. in *l. assiduis, C. qui potiores in pignore habeantur.* Ant. Gomez *in l. 51. Tauri. num. 39.* P. Molin. *disput. 438. vers. Dubitant Doctores,* & comprobatur *ex l. Regia 33. tit. 13. part. 5.* vbi Gregor. Paz *in prax.* ibi: *Indubitatum esse dicit, tom. 3. cap. 16. §. 12. num.* Dom. Couarr. *var. lib. 1. cap. 1. num.* Negusant *de pignorib. 4. membro, num. 10.* Rodriguez *de credit. part. 1. art. 1. n. 6. & 9.*

40 ¶ De que resulta, que este solo fundamento en la raiz desvanece la excepcion contraria, porque no se vale el credito desta parte de la hipoteca tacita, si no de las expressas generales, y especiales, con que asseguró esta ciudad el nombramiento de depositario general en dicho don Alonso de Herrera.

A lo

41 ¶ A lo que se pondera en contrario, *num*. 7. de la *ley si qui* 28 *,ff. de iure fisci*. Se responde. Lo vno, que habla en debito primipilar, vt notat Acosta *in tract. de priuil. creditor. reg*. 2 *ampliat*. 7. *num*. 12.

42 ¶ Y que quando hablasse generalmẽte, es diferente priuilegio del que se necessita para este pleyto, porq̃ aqui ni ay anterioridad de acreedor particular, ni se trata de hipoteca ex post facto adquirida, si no de credito de la misma anterioridad que el fisco, y en hipotecas del mismo tiempo, y antelacion, y que estan calificadas por tales, conforme al lugar y grado de la sentencia, y en esto no se hallará preuilegio fiscal que pueda ser fundamento de la excepcion contraria, especialmente en esta materia de hipotecas, y preuilegio de ellas, en que no se puede hazer argumẽto de otros exemplares, si no que solo se deuen entender en el caso especial en que hablan, sin extender su aplicacion a otros diferentes, semejantes, iguales, ó mayores casos, *l. pro officio, C. de administr. tutorum, l. fin. C. in quibus caus*. y no son bastantes las glosas, ni los Doctores a suponer prelacion de hipotecas en los casos que expressamente la autoridad de el Principe no las concedio, *glos. in l*. 2. *ff. de priuil. creditor*. in verbo, *à præuilegio*, Surd. *decis*. 30 *num*. 9. *& decis*, 271, *num*. 10 Mantica *de tacit. & ambig. conuent. lib*. 11. *tit*. 12. copiose & luculenter Noguerol *allegat*, 1. per totam, præcipuè *num*. 5. & seqq. & *num*. 101. vsque ad finem.

43 ¶ Y finalmente esta ley no ha lugar entre acreedores preuilegiados, vt ex Bart. obseruat Gutierrez vbi supra, *num*. 12. post Rebuff. Domin. Castill. Barbos. & alios, Acosta *de priuil. cred. regul*. 2. *ampliat*. 7. *num*. 169. y la causa de deposito numeratur inter preuilegiatas, y de conueniencia publica, *l. quod priuilegium; ibi: Ex vtilitate publica receptum est, ff. depositi*, Flores de Mena *variar. lib*. 1. *q*. 6 *art*. 3 *num*. 25. Barbosa *in l. si cum dotem, §. fin. à num*. 23. *ff. solut. matrimon*. Pichardus *in §. quædam, Inst. de*

actio-

actionibus, Hermosilla *in l. 9. titul. 3. part. 5. glos. 1. num. 3.*

44 ¶ Al simil que se pondera en el *nu.* 8. de dos instrumentos otorgados en vn mismo dia, se responde.

45 ¶ Lo vno, que ha sido muy cõtrouertido en el derecho si en concurso del fisco, y particular por instrumentos, de cuya prioridad no cõsta, se ha de preferir el fisco, ò el particular, vnos q̃ afirman, otros que niegan, vt videre poterũt apud Menochium *de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 7. á num. 5.* cum seqq.

46 ¶ Y la opinion que presume en fauor del instrumento del particular contra el fisco, es del maestro comun, Bart. in *l. non puto, per illum tex. ff. de iure fisci*, Alexand. *in l. 1. num. 2. ff. solut. matrim.* Alciat. *de præsumpt. reg. 3. præsumpt.* 41. Marsil. *singular. 71.* Ias. *cons. 99. col. fin. lib. 1.* Negusant. *de pignor. 2. part. princip. in 4. membro, nu.* 115. D. Didacus Couarr. *var. lib. 1. cap. 15. num.* 8. Guillermus de Cuneo, Angel. Bald. & Alex. *in l. rescriptum, ff. de pact.*

47 ¶ La resolucion y practica corriente para la concordia de estas opiniones es distinguir dos casos, vno quando son los titulos de diferente genero, como el del fisco de causa onerosa, y el del particular de causa lucratiua, ò al contrario en este caso se prefiere, y presume anterior el de causa onerosa, ò sea del fisco, ò de el particular, ò quando ambos son de causa onerosa, ò de causa lucratiua, y concurren contra el deudor en este caso, ninguno se prefiere, y ambos cobran, y si no ay bastantes para ambos creditos, se prorrateã, ex regul. text. in *dict. l. si fundus, §. qui duo, ff. de pign.* explicat Hugo Donelus *in tract. de pignor. tit. qui potiores in pign. habeant. num. 2. & 3.* Salicet. *in l. 2. C. de priuil. fisci, num. 3.* Anton. Faber *in suo Codice, lib. 8. titul. 6. definit. 40.* Tuschus, verbo, *hipotheca, conclus. 130. num. 10. & 11.* post AEgidium Carrascum, Felicianum, & alios, Acosta *de priuileg. creditor. in præfat. ad regul. 3.*

num.

*num.*92 & in indiuiduo, *num.* 26. & sequentibus, ibi: *In vltimo casu principali qui adaptari potest ad nostrã materiam, quando scilicet fiscus, & priuatus insimul contra aliquem tertium concurrunt, & vnusquisque offert instrumentum, in quo ex vtraque parte, vel continetur causa lucratiua, vel onerosa, dic prorata admittendos esse, ex text. in dict. l. si fundus, §. qui duo.* Por manera, que deste argumento y resolucion comun, con euidencia se saca mayor apoyo delo que se ha fundado en fauor de don Lope.

48 ¶ Lo otro, porque la question y duda, y preuilegio que se pretende adrogar en este caso por los de la opinion contraria al fisco, es conjecturar que fue su instrumento anterior, y presumir que el de el particular se otorgò despues, con que no está el preuilegio en que se prefiera en el derecho hipotecario, si no en que se presuma que fue primero, y en esto fundan todos los autores de vna y otra opinion la duda, juzgando vnos que se presume anterior; otros que no se presume de derecho semejante anterioridad, ò otros que con la distincion dicha dizen que se entiẽden otorgados en vn mismo tiempo, y presupuesta esta duda, y resulta conforme al sentir de cada vno, y al intento de su opinion resueluen en razon de la prelacion; conforme a las reglas de derecho comũ. los que presumen que el instrumento del fisco se otorgò prime ro dizen que se prefiere por su hipoteca; porque por derecho comun el que es primero en tiempo es mejor en derecho, *l. si prior, §. fi. ff. qui potiores.* Los que dizen que se presume que es posterior por la misma regla, concluyen que se deue preferir el instrumento particular. Los que dizen que se presumen de vn mismo tiempo, quieren que se prorrateen conforme a la dicha *l. si fundus, §. qui duo.*

49 ¶ Sin que en quanto a la hipoteca aya controuersia principal, si no solo en la contextura de anterioridad, la qual presupuesta no se atiende por nueuo preuilegio, si no por derecho comun lo que viene en necessaria consequencia della, como

en

en el menor, que no puede enagenar sus bienes, *Rubric. & toto tit ff. de rebus eorum.* Y si se le permite hipotecarlos por especialidad, le resulta por derecho comun el poderlos vender, *l. si pupillorum, §. pupillus, ff. eodem tit.* Molin. *de maiorat. lib.* 4 *cap.* 5. *n.* 2. Noguerol *allegat.* 2. *num.* 63. Y como en el que tiene prohibiciõ de hipotecar los bienes sin decreto, q̃ si se le permite el matrimonio, y recibo de la dote, consiguientemente sin nueuo derecho, queda obligado, y cõtrae hipoteca tacita en sus bienes por derecho comun, porque presupuesto el efecto del matrimonio, es consiguiente a el la obligacion, y hipoteca dotal, vt ex *l. mutus, ff. de iure dotium, l. in copulandis, C. de nuptijs, l. Vnic. §. & Vt plenius, C. de rei Vxoriæ act.* tenent cõmuniter DD. Ceuall. *commun. contra comm. quæst.* 132. *num.* 1. Barbos. *in l. si constante, ff. solut. matrimon. num.* 119. Acosta *de priuil. credit. regul.* 2. *amp.* 6. *á nu.* 11. *cum seqq.*

50 ¶ Y en el menor, que le es permitido sin dependencia de curador entrar en Religion, y consiguientemente puede enagenar los bienes en el Monasterio sin decreto de Iüez, ni autoridad de tutor, Innocentius, & Panormitanus, *in cap. in præsentia de probat.* Faber & Salicet. *in Auth. ingressi, C. de sacros. Eccles.*

51 ¶ Y semejantemente en este caso no tienen por preuilegio los Doctores que fauorecen al fisco el, que en concurso con otro particular se prefiera, quando son de vn tiempo, ni tal se hallarà en derecho, si no solo, que en duda de qual fue el primero, se presuma primero el de el fisco, que admitida esta conjectura viene a ser de derecho comun la prelacion, ita notat Peregrin. *de iure fisci, dict. lib.* 6. *tit.* 6. *num.* 29. vers. *Contra,* ibi *Quia præsuposita anterioritate in tempore pignoris ex tunc fisci intẽtio est fundata secundum regulam, qui prior in tempore est potior in iure in causa pignoris, l. si prior, §. fin. ff. qui potiores.*

52 ¶ Vndè, como en nuestro caso no tengan lugar las conjecturas en negocio claro, *l. ille,*

aut

aut ille, §. cum in verbis, ff. de leg. 3. l. continuus, §. cum ita, ff. de verb. obligat. l. non aliter, ff. de leg. 3 l 2. C. de legib. cum similibus. Porque es constante que los derechos tienen vn mismo contexto de tiempo en su graduacion, y prelacion de hipotecas especiales, y generales, conforme a la obligacion de los depositos, fianças y abonos dados por don Alonso de Herrera, y que assi estan graduados, se sigue por necessaria consequencia que no puede auer encuentro de opiniones en la conjectura del tiempo, y cõsiguientemente tampoco la puede auer en el concurso y igualdad de el derecho hipotecario, y graduacion hecha.

53 ¶ Lo vltimo, porque la controuersia referida es entre dos derechos que prouienen de diferentes titulos, en que la presuncion parece que dá a entender (ex comunniter accidentibus) que dos instrumentos diuersos no se otorgan a vn mismo tiempo, si no vno antes, y a otro despues.

54 ¶ Pero quando el derecho prouiene de vna misma causa y obligacion, como en este caso dexamos fundado *num.* cessa esta incompatibilidad, y antes es la materia indiuidua, y de vn mismo contexto, & eadem res non debet diuerso iure censeri, & à pari potentia causæ par effectus sequi debet, *cap. penult. de adulter.* exornat Peregrin. *de fideicom. art. 3. num.* 70. Cald. Pereyr. *in l. si curatorem, C. de rest. in integrum,* verbo, *læsis, nu.* 169. Dom. Castillo *controuers. lib. 3. cap. 25. num.* 17. Ceuallos *comm. contra comm. quæst. 756. num. 45.* Azeued. *in l. 10. tit. 3. lib. 5. nouæ Recop. n. 15. cum seqq.*

55 ¶ Et in terminis fisci, & particularis concurrentium ex eadem causa, & titulo, Caual. *resol. crimin. cent. 3. cas. 202. n. 10. & 11.* Peregrin. *de iure fisci, lib. 4. tit. 8. num. 12.* vers. *Mihi verò,* Hermosilla *in l. 9. glos. 8. & 9. num. 8. tit. 3. part. 5.* ibi: *Quia prælatio consideratur quando ex factis diuersis duo creditores concurrunt, non veró quando vtriusque iura ab vno emanant facto.*

56 ¶ Eleganter Dom. D. Franciscus de Ama-

Amaya ex Fuluio, constant, & alijs *in l. 1. C. de pœnis fcal. lib. 10. num. 69.* donde hablando de la pena aplicada al fisco, y al denunciador en fuerça de pena, que ambos son derechos lucratiuos, dize que conforme a derecho comun concurren en vn mismo lugar y paga, sin que el fisco tenga preuilegio de ser anticipada su satisfaccion, aun en el caso de no auer para pagar enteramente ambas condenaciones, y la razon es, porque prouiniendo de vn mismo delito y causa la pena aplicada a la parte, y la que se aplica al fisco no ay causa para hazer diferencia en la satisfacion, ibi: *Nam cum fiscus, & creditor concurrũt, ex eodem delicto, & causa nullibi in iure reperitur preuilegiatus, vt præferendus sit, & sic vbi fiscus non reperitur preuilegiatus, fiscus vtitur iure priuati, vt docui, lib. 3. obseruat. cap. 2. num. 4 cum ergo si ex eadem causa duo existunt creditoris, nullus in concursu præfertur, sed ambo æquatiter admittuntur.* Et infra: *Ita fiet in hoc casu.*

57 ¶ Y aun adelanta mas el discurso por la *l. 2. tit. 15. lib. 8. nouæ Recop.* en que parece, que en vn mismo acto lucratiuo de parte del fisco, y de el particular, que es la pena aplicada al fisco, y a el particular (no digo por razon de daño, que entõces no erã los titulos iguales, por el del particular era oneroso, y el del fisco lucratiuo, sino tambien por pena) tiene mejor derecho el particular, que no el fisco, de que resulta, que no ay causa que pueda embaraçar en esta excepcion la justificacion del intento de don Lope.

58 ¶ A la quarta excepcion se responde.

59 ¶ Lo primero, que la citacion que es necessaria, y de sustancia de el juyzio en la subhastacion y venta de bienes del deudor, es la que se haze para la sentencia en que se mandan vender, y rematar los bienes, que es la vltima adicion, y de que hablò la *ley creditor la 2. C. de distract. pignor.* que requiere dicha citacion, *l. fin. C. de iure domin. impetrãdo, l. debitores, C. de pignoribus,* D. Geronimo de Leon *responso post decis. 173. tom. 2. num. 149.* & ex nostro

 iure

iure Regio, en q̄ no se requiere mas citacion que la de remate despues de los pregones, *l.36.tit.4.lib.3. Recopil.l.2.tit.14.lib.4.ordinam.l.19.tit.21.lib.4. Recopil.* Post. Auendañ. Azeued. & alios Rodrig. *de execut.cap.5.num.83.* & *84.*

60. ¶ Pero hecha esta citacion, y pronũciada sentencia en que se hazen vendibles los bienes, y se passa a el remate con efecto, no es necessaria dicha citacion; porq̄ ya el perjuyzio de la translacion del dominio queda causado por la sentẽcia en que se mandan vender con efecto, Albericus *in l. creditor, C. de distract. pignorum*, Afflictis *decis. 358 nu. 4* que distingue elegantemente entre el caso de mandarse vender los bienes, que para este decreto y sentencia es menester citació de los interessados, ò venderse con efecto, y adjudicarse en virtud del auto, ò sẽtẽcia que lo mandò asi, que en esta execucion no es necessaria dicha citacion, ibi: *Secunda ratio, quia D. Antonius non fuit citatus super decreto, quod terra ipsa vendatur, quæ quidẽ citatio erat de substantia, vt in l. creditor, C. de distract. pignor. l. fin. C. de iure domini. impetrando, l. debitores, C. de pignoribus*, vbi dicit gl. *Quod ista requisitio est de necessitate, et licet quando postea pignora iudicialia exponuntur venalia, & venduntur, pars non debet citari de necessitate; tamen quando datur potestas vendendi, debet pars citari*: idem tenet Ioannes Antonius Mangilius *de subhastat. quæst. 7. numer. 21.* ibi: *At secus quando pignora iudicialia exponuntur venalia, & venduntur, quia tunc pars de necessitate non debet citari.* Y en este caso hablan en el *num. 9.* donde se alegan en fauor de la excepcion de don Alonso alli propuesta.

61 ¶ Y justamente ponderan esta distincion los Autores dichos, considerando, que la citacion es para el acto que puede ser de perjuyzio, y grauoso, como lo es la sentencia de remate, y en q̄ se mandan vender los bienes, como lo fue la de graduacion: agitur enim de magno præiudicio; scilicet, trãslatione dominij, vt notat in terminis post vltra supra citatos Maranta *de ordine iudicior. 6. p.*

tit.

tit. de executione sententiæ, num. 19. vers. *Nunc in proposito,* Auend. *in suo dictionario,* verbo, *almoneda,* Rodriguez *de executione, dict. cap. 5. num. 84.*

61 ¶ Y en este derecho de translacion del dominio, no causa el perjuyzio inmediatamente la mesma execucion, venta, y remate, ó adjudicacion, si no la sentencia que manda hazer la venta y remate, Bald. *in l. si cum exceptione, §. hæc autem actio, ff. de eo quod metus causa,* Felin. *in cap. quo ad consultationem, num. 14. ad fin. de sentent. & re iudic.* Scacc. *de appellat. quæst. 17. limit. 10. num. 11.* Escobar *de ratiot. cap. 33. sub num. 25. post medium.* Dom. D. Franciscus Salgado *de protect. Regia, part. 2. cap. 3. per totum, præcipué á num. 7.* donde funda, que los autos hechos en execucion de otros antecedẽtes, no grauan de nueuo, ni en ellos ay fuerça, y violencia, si no en los primeros que mandan executar, y que la apelacion de la execucion no suspende ni es admissible, si los autos en que se mandó hazer no son apelables, vt *num. 15.* ibi: *Quoniam iste actus, qui venit in complementum prioris, non est qui grauat, sed prior,* ex Guidone Papa, Corneo, Grato, Rolando á Valle, & alijs. De aqui resulta, que quando la execucion de la sentencia se haze en los mismos bienes, y contra las personas comprehendidas en ella, no es necessaria nueua citacion para el efecto de la execucion vltima, notat Fulgos. *cons. 183. num. 2.* vers. *Circa primum.*

62 ¶ Por manera, que auiendo sido citados los acreedores para la sentencia, y por ella estando graduados, y puestos los bienes en almoneda y pregon para rematarse, y auiendose sacado muchas vezes a la plaza publica, donde si se huuiera hecho postura competente se huuieran rematado sin mas citacion, conforme al estilo comun de las almonedas de bienes muebles, *in his* enim plurimum operatur consuetudo, Salicetus *in l. ordo, nu. 2. C. de execut. rei iudicat.* Capicius *decis. 36. num. 4.* Menoch. *de arbitrar. cas. 171. numer. 28.* Grat. *discep. cap. 375. num. 16.* Hermosilla *in l. 52.*

tit. 5.

tit.5.glos.3.num.13.tom.2 part.5. no ay causa para que haziendo postura como vn estraño y tercero don Lope de Tapia sea de peor condiciō, quādo en concurso con otro estraño licitante deuiera ser preferido, ex text. in *l. 1. ff. de priuileg. credit.* cum simil.

63 ¶ Y estas materias en quanto al vltimo remate y precio, tienen mucho de arbitrarias en el dignissimo arbitrio de el señor Iuez que procede en ellas, para que sin embarazo de las partes escuse gastos y dilaciones, spectant enim ad arbitrium iudicis, Gracianus vbi supra num. 19. donde pondera, que aunque se errasse en el arbitrio del remate, no se causaria nulidad, ex *glos. in l. à Diuo Pio, §. in venditione*, verbo, *inuentur*, & vbi Bart. *ff. de re iudicat.* Socin. Surdo, & alijs.

64 ¶ Y la practica deste Reyno fundada en las leyes Reales, es, que despues de la sentēcia de remate, sin mas citacion se procede a la vēde los bienes, y despues de vendidos se notifica al deudor, porque si los quisiere reduzir a si, lo pueda hazer, pagando la deuda, haziendo la paga para los muebles dentro de tres dias, y para los rayzes dentro de nueue (y como este remedio sana qualquiera perjuyzio que antes de la venta se pudiera causar, no es necessaria la antecedente citacion) vt testatur Castillo *in l. 70. Taur.* verbo, *el remate*, Dom. Couarruv. *lib. 2. variar. cap. 11. nu. 3.* Rodriguez *de execut. cap. 6. nu. 54.* Post. Felician. Parlador. & alios, Hermosill. *in l. 52. tit. 5. part. 5. glos. 7. num. 27.*

65 ¶ Lo segundo, porque en la misma forma, no siendo necessaria la citaciō del deudor, (aūque ex abundanti se aya hecho) no es necessaria la de los acreedores, ni se puede considerar cōtra ellos perjuyzio que justifique la citacion, antes mucha vtilidad dellos, y del deudor, considerada la calidad y condiciones de la postura hecha por don Lope de Tapia, en que se obliga a tener de manifiesto los dichos bienes por termino de

seys

seys meses, en los quales, si huuiesse, que no ay, acreedores anteriores, tendrian ileso su derecho, para que si no huuiesse bienes bastantes en satisfacion de sus creditos, intentassen la reuocatoria de la *l. pecunia, C. de iure fisci*, y de la *l. vltima, §. sed & si præfatum, vers. Sint vero, C. de iure deliberand.* iuncta *l. deferre, §. vltimo, ff. de iure fisci*, Fontanel. *de pactis nuptialib. tom. 2. clausul. 5. glos. 8. part. 7. numer.* Flores de Mena *lib. 1. variar. quæst. 6. art. 1.* Anton. Thesaur. *quæst. forens. 16. ex num. 4.* Dom. Couarr. *pract. cap. 29. per totum*, Gut. *lib. 3. pract. quæst. 100.* Barbos. *in l. 1. ff. solut. matrimon. part. 6. ex num. 20.*

66 ¶ Y a los posteriores les serà mas vtil, porque siempre les queda el derecho de ofrecer, cõ que la ley les assegura sus creditos, y no les es de perjuyzio el remate, antes les es vtil que entre en los bienes el acreedor anterior, y no otro estraño, porque el derecho de ofrecer le tienen contra el acreedor anterior pagandole todo su credito, *l. 1. C. qui potiores in pignore habeãtur, l. potior. §. vltim. ff. eod.* Negusant. *de pignori, part. 5. memb. 3. in l. eius part. num. 1. & 2.* Mantic. *de tacit. & ambig. convent. lib. 11. tit. 28. num. 1. & seqq.* y le adelante este preuilegio don Lope de Tapia con su postura, contentandose con que le ofrezca el precio en que se le rematan los bienes, y al deudor se le dà mas extension en el tiempo para que pueda recuperarlos: por manera que no ay medio por donde no se ajuste la conveniencia de todos los interessados con la dicha postura, y que mas sin perjuyzio se pueda hazer.

67 ¶ Lo tercero, porque no es necessaria citacion quando della no se puede esperar cõtradicion, releuante Ioann. Andreas *in l. 2. C. de operis noui nunt.* Cagnol. *in l. qui potest, ff. de regul. iur. nec iustè contradicit, qui non potest allegare iustam defensionem*, Rota *decis. 58. in nouis.* Abbas *in cap. cum olim de re iudicat.* Hippolyt. *singular. 30. incipit, tu scis*, Felinus *in cap. qualiter, & quando, de accusat.* Marianus Socinus *in tractat. de citatione, nu. 2. & 7.* elegan-

ter Dom. Salgado *de protection. Regia, part.* 1. *cap.* 2. *num.* 140.

68 ¶ Y quando consta de los autos, que no compete ninguna excepcion (porque las que ha propuesto don Alonso miran a los meritos de la causa que en la sentencia de graduacion quedaron vẽcidas, y no se puede bolver a ellas, si no por medio de la apelacion interpuesta, y en el Tribunal superior) se deue omitir la citacion, Hōdedeus *cons.* 20. *num.* 51. *&* 54. *lib.* 1. Surd. *decis.* 276. *num.* 4 Rota Lucens. apud Magonium *decis.* 41. & ex decisione Rotæ in terminis subhastationis, tenet Mangil. *de subbastation. quæst.* 5. *num.* 11.

69 ¶ Y en nuestro caso se verifican estas reglas, porque los acreedores no pueden impedir la venta y remate de los bienes por excepciones que miren a desvanecer el credito que pretende don Lope de Tapia, porque esto mira a la reuocacion de la sentencia, como està dicho, que no es de este caso, ni menos por excepciones que miren a la solemnidad de la subhastacion, porque se ha procedido con grande atencion en ella, haziendose grandes diligencias para buscar licitadores, auiendo precedido aprecios, y estimacion de personas peritas.

70 ¶ Y finalmente tampoco puede oponerlas contra la persona del licitante, y forma de su postura, porque demas de ser legal y juridica con el plaço para la liberacion de las hipotecas que voluntariamente ofrece, haze de mejor condicion el derecho de todos los acreedores, y lo cõserva ileso, y sin perjuyzio.

71 ¶ Lo quarto, porque en terminos indiuiduales es conforme a derecho, que el acreedor que intenta derechamente contra el deudor su paga, aunque sea por titulo de adjudicacion in solutum, no deue citar a los demas acreedores, ni esta diligencia es necessaria, especialmente quando no son posseedores de los bienes de que se ha de hazer adjudicacion, vt tenet Angelus *in l. de*

vno

vno quoque, circa finem, ff. de re iudicat. Ioan. de Imol. *in l. decem, ff. de verbor. obligat.* vbi Iason *col. 2. & 3.* Alexand. *conf. 84. incipit in causa, quæ vertitur, col. 3. lib. 3. & conf. 156. per totum, eod. libro.*

72 ¶ Porque siendo posseedores, por el interes de la possession se deuen citar, porque no sean despojados sin ser oydos, vt tenet Angelus vbi supra, Tusch. *lit. C. conclus. 273. num. 2.* Y aqui no se trata de bienes en que tengan possession otros acreedores, y no siendo interessados, ni por la possession, que no la tienen, ni por el dominio, q̃ es de el deudor, basta solo citar a el deudor por el dominio como principal (caso que fuesse necessaria alguna citacion) sin que sea necessario citar a los acreedores, de cuyo perjuyzio no se trata principalmente, pues les quedan sus acciones libres, como se ha ponderado, y sus hipotecas para vsar de ellas, conforme a derecho, para lo qual es elegante la *l. fin. §. sed et si præfatū, C. de iure deliberādi*, donde auiendo pagado el deudor, ó heredero algunas deudas del difunto á ciertos acreedores, se quexaron otros diziẽdo eran anteriores, y que no pudo valer la paga en su perjuyzio, y sin su citacion: y resuelve el texto, que la paga de parte del heredero a su acreedor, y la venta de bienes hecha para este efeto, fue legitima sin citacion delos demas acreedores, y que a ellos les bastan sus acciones contra los acreedores posteriores, ó legatarios, a quien se hizo la paga, ibi: *Cum satis anterioribus creditoribus á nouis prouisum est, vel ad posteriores conditores, vel ad legatarios per venientibus, & suum ius per sequentibus.* Y en terminos Alexand. ibidem *nu. 7.* Tusch. *conf. 273. lit. C. num. 4.*

73 ¶ Para lo mismo es la glos. quam sequuntur DD. *in l. de vno quoque, ff. de re iudicata, l. filius familias, §. Diui,* vbi Bart. & alij, *ff. de legat. 1.* donde el acreedor que procede a liquidacion de su credito contra la herencia iacente, no necessita de citar a los demas acreedores de la dicha herencia, porque solo basta citar a la parte del defensor, q̃

repre-

representa la misma herencia, a quien toca el negocio principalmente, y no a los acreedores, que vienen en consequencia, vt ex Alexand. Bald. Socin. & alijs, tenet Tusch. vbi supra num. 6. & sequentibus.

74 ¶ Et pro complemento se advierte, que a don Alonso de Herrera no le toca el procurar las defensas de los acreedores, ni sus derechos, mas que para pagarles, no para empeñarlos entre si en nueuos pleytos y contradiciones, para diuertir y impedir la venta de sus bienes (consiguiendo con esta diuersion el fin de su deseo) vt supra diximus *ex tot. tit. C. debitorem venditionem pignoris impedire non posse.* optimè Mantica *de tacitis & ambiguis conventionalibus, lib. 11. tit. 23. num. 19.* ibi: *Sciendum est etiam, quod debitor non potest creditori opponere, quod sit posterior in hipotheca, quia ius actiuum est in creditore passiuum in debitore.*

75 ¶ Ex quibus parece, que en las quatro excepciones propuestas por don Alonso de Herrera no queda dificultad que impida la pretēsion de don Lope de Tapia, & sic ab integerrimo præside iudicandum speramus. Salva D. V. C. &c.

Lic. Iuan Antonio Rozado.